258



Vpuesto el hecho, como se cont
ne en el memorial del Relat
se diuidirà este papel en dos
ticulos.

En el primero se fundarà
claridad, como el dicho d
uan Antonio de Molina es hijo legitimo de
adres, auido de legitimo matrimonio, y que lo tie
prouado bastantemente.

En el segundo, como a mayor abundamiento,
que le faltara la calidad de legitimo, ha de ser
arado en la possession que tiene de las casas
e que se mouiò este pleyto, por la donacion q̃
izo doña Maria de Medrano su abuela.

sobre la legitimación de hijo y como se probara ser de sus padres

Articulo primero.

6

POR

EL DOTOR DON IVAN ANTONIO Molina de Medrano, Colegial del Colegio mayor de Quenca, en la Vniuersidad de Salamanca.

EN EL PLEYTO.

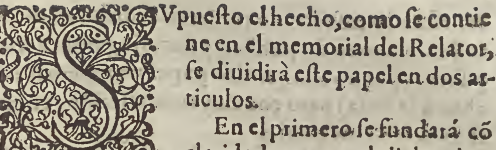
CON

Don Francisco de Molina.

En Granada lo imprimio Francisco Heylan, impressor de la Real Chancilleria. Año 1629.

imente no puede obstar auer querido pro
licho Iuan de Espinosa de lo que el Licen
Espinosa ha prouado, para q̃ se pueda prete
c diferir dicho juramento. Porque en su
onde, que cotejada la prueua q̃ ha hecho
ciado Miguel de Espinosa con la que ha h
l dicho Iuan de Espinosa, no solo no es ig
ara desluzir a esta, pero ni aun de mucho lle
da por el Licenciado Miguel de Espinosa, y en e
deue diferir el juramento al actor que le pide,
controuers. iuris, lib. 1. cap. 18. Y assi siente
diferir el juramento supletorio al actor que
Licenciado Miguel de Espinosa, por las razo
en dicha cantidad de diez mil ducados, o en
V. A. pareciere justa. Salua semper, &c.

Calahor



Vpueſto el hecho, como ſe contiene en el memorial del Relator, ſe diuidirà eſte papel en dos articulos.

En el primero ſe fundarà cõ claridad, como el dicho don Iuan Antonio de Molina es hijo legitimo de ſus padres, auido de legitimo matrimonio, y que lo tiene prouado baſtantemente.

En el ſegundo, como a mayor abundamiento, aunque le faltara la calidad de legitimo, ha de ſer amparado en la poſſeſsion que tiene de las caſas ſobre que ſe mouiò eſte pleyto, por la donacion q̃ le hizo doña Maria de Medrano ſu abuela.

Articulo primero.

EN la pregunta 4. del primer interrogatorio articulò el Dotor don Iuan Antonio ſer hijo de don Iuan de Medrano y Molina, y doña Yſabel de Abalos y Biedma, por auerſe dado palabra de caſamiento, ſiendo ella de edad de 15. a 16. años antes del Concilio de Trento, y que debaxo della la trató como a ſu muger, y lleuó ſu virginidad; y que deſte matrimonio ſecreto nacio el dicho Dotor.

Y en la 5. y 6. pregunta articuló el matrimonio clandeſtino, y la publicacion que los dichos ſus padres hizieron del a perſonas graues y Religioſas en aquel tiempo, y como el dicho matrimonio eſtaua ſecreto.

Eſtas preguntas las prueua cõ muchos teſtigos viejos de mas de 70. años, que todos deponen de oydas, y nombran autores, como fue cierto el dicho matrimonio oculto y clandeſtino, y que ſe tratauan y regalauan como marido y muger, y que por ſer de tan gran calidad, y yguales en ella, ſi no

era eſtando caſados no tuuieran el dicho trato; y todos deponen de publico y notorio, publica voz y fama (por no alargar eſte papel no refiero los dichos a la letra) pero concluyen lo referido, como ſe verà en el memorial.

Tambien ay dos teſtigos de viſta, que ſon la dicha doña Yſabel de Aualos, madre de don Iuan, como conſta de ſu dicho, y el dicho don Iuan de Medrano ſu padre, que en el poder que otorgó en Valladolid para hazer publico el matrimonio que eſtaua ſecreto, confieſſa la palabra y copula ſubſecuta, ibi: *De tal forma, que deſde el principio que tuue trato y conuerſacion con ella, ſiempre fue mi animo y voluntad de ſer ſu marido, y de me caſar con ella, en la forma que mãda la Santa Madre Igleſia de Roma: y deſto le di fè y palabra antes de la conocer, y con eſto principalmente la perſuadi para que hizieſſe mi guſto, de quien eſtoy muy confiado que por ningun caſo lo hiziera de otra manera, &c.* Y con eſto conteſta tambien el teſtamento con que murio el dicho don Iuan.

Deſta prouança reſulta concluyentemente eſtar prouada la legitimacion del Dotor don Iuan Antonio; porque en quanto a ſer hijo de la dicha doña Yſabel, y don Iuan ſus padres no ſe ha pueſto, ni pone duda.

Todos los teſtigos eſtan conteſtes en las oydas, con relacion de muchos y diuerſos autores que nombran, a quien lo oyeron: y en eſte caſo hazen plena prouança, ex Socin. iun. conſ. 89. n. 15. vol. 2. ibi: *Nam licèt teſtes de auditu pleniſsimè non probent, tamẽ in factis antiquis probãt, vt notatur per Archidiaconum 22. q. 5. Romano ſingulari 390. Felin. in cap. tam literis, de teſt. & in cap. licet ex quadam, eodem tit. quòd maximè dicendũ eſt in cauſa matrimoniali, in cuius fauorem ſemper eſt indicandum, cap. fin. de re iudic. &c.* Y quando ſe trata de prouar coſas antiguas, por la ceguedad que cauſa el tiempo, ſe contenta el derecho con indicios, preſunciones, conjecturas, y oydas, y eſtas tiene por pro-

prouanças plenas Aluaro Belasco, consultat. 176. vol.2.Menoch.de arbitr.casu 89. num. 11. Nicol. decis.Ciciliana 35.á num.39. lib.1. Surd. cons.1. à num.40.

Y siendo este hecho de mas de 60.años,se ha de tener por antiguo,Ruin.cons.141. num.16. vol. 5. Bereta,cons.39.colum.3.vers.Et licét,Peregrin.de fideicomm.artic. 43. nu. 83. porque como consta de las Fés de Bautismo, doña Ysabel se bautizó a 16.de Enero de 548.y el dicho don Iuan se bautizó a 18.de Nouiembre de 544.y auiendo contraydo el matrimonio clandestino siendo la dicha doña Ysabel de 15.o 16.años,como està prouado,viene a ser hecho antiguo,y antes del Cõcilio de Trẽto,cuya prohibicion de los matrimonios clãdestinos,sess.24.de reformat.c.1.y de la Bula de Pio V. fue año de 564. a 1. de Mayo , que mandaron obligasse 30.dias despues de su publicacion en cada Parrochia,como lo refiere Vincencio de Marsilla, sobre el Concilio.lib.3.tit.16.de cognatione spirituali,fol.473.en que no se puede poner duda.

Iuntase con lo dicho,que el matrimonio clandestino,de cuya prouança se trata,es cosa oculta, quia clam & oculté fiebat,& sine testibus, & sic in presenti agitur de vn hecho de dificultosa prouança,por lo qual son bastantes las oydas,cõjecturas, y presunciones,ex Farin.de testib.q.69.c.1.Hector Emilio,de testib.in Rubr.fol.125.num.2.y asi entienden y limitan los Autores la decision del cap. licet ex quadam,de testib.queriendo que no proceda en caso improuable , o por muy antiguo , o muy oculto.

Tãbien estan contestes todos los testigos en la publica voz y fama,de tal manera,quód transit in vim notorij,q̃ por solo esta notoriedad dicitur matrimoniũ plené probatum,ex Socin.iun. ibi proximé Bald.in l.cum super,C.de rei vindic.& ex publica voce & fama filius cõstituitur in quasiposessio-

ne si

ne filiationis,ex l.3.ff.ad Macedonianum,ibi *Quia publicè paterfamilias plerisque videbatur,c.per tuas,de probat.* ibi:& filius eius nominatus cõmuniter fit præpositus,in cap.transmissa,n.2.qui filij sint legitimi, Paulo de Castr.consf.151.colum.2.Iason, cõs. 114. num.16.vol.2.

Confirmase lo dicho,porque en este pleyto no se trata principalmente la causa del matrimonio inter ipsos coniuges contendentes de eius balidi-tate,que en tal caso,cum de periculo animæ agetetur se requieren mayores prouanças,sino lo que se trata es de prouar el matrimonio incidenter ad efectum,vt filij ex eo nati censeantur legitimi,y q̃ puedan suceder a sus padres,ex testamento,vel ab intestato,aut ex causa fideicommissi, siue primogenij, tunc enim sufficiunt leuiores probationes, como son oydas, presunciones, y conjecturas, ex Menoch.consf.490.à num.1.vol.5. Francisco Monaldo,consf.68.à num.1.vol.1. Peregrin. consf. 91. à num.3. vol.2.vbi plures refert, hinc fit, quód licet ex longa cohabitatione ius Canonicum no presume el matrimonio,quando inter coniuges de eius probatione tractatur:pero si se trata an ex illa longa cohabitatione filij inde nati sint legitimi quoad successionem, præsummitur de iure Canonico matrimonium,ex gloss.in cap.1.3.q.5.Inocentius, in c.ex parte,de restitutione spolia.Lupus, de matrimonio,2.p.nu.12.Menoch.de de præsum. lib.3. præsumptione 1.num.70. y es singular el consejo 17.de Ieminiano , y estando, como està prouado en la 5. y 6 pregunta la possession,vel quasi,en que fueron tenidos por casados los padres del dicho Dotor,y la suya de tal hijo legitimo,por actos positiuos,como consta de la 4.pregunta del segundo interrogatorio,y por el auto de possession del ordinario,con informacion que precedio , por el qual està oy en la possession destas casas, como hijo y descẽdiente legitimo:inde prouenit , quód quemadmo-

[Handwritten marginal note:] ad probandam legitimitatem ad succedendum sufficiunt leviores probationes.

admodum in filiationis prouatione, quando se trata della para suceder en algun mayorazgo, basta prouar la quasipossesion de hijo legitimo, conforme a la mas verdadera opinion q̃ resueluen, gloss. in l. Non nudis, & in l. Non epistolis, C. de probat. & in l. 1. C. quorum Bonorum, con la qual el hijo tiene fundada su intencion, y que por lo menos cõ ella transfiere la carga de prouar lo contrario al q̃ negare la descendencia legitima, ex Fulgosio, in d. l. Non nudis, Surd. consf. 1. num. 62. y es mas indubitable quando la quasipossesion se prueua con actos particulares, quia tunc non ita exacte probationes requiruntur, quando se opone el defecto de alguna calidad, vt in specie resoluit Corneus, cõs. 1. col. 12. y assi se resuelue ex Surd. vbi proximé n. 66. que ad obtinendam hæreditatem sufficit solus tractatus filiationis, &c. ita & eodem modo quando se trata de prouar la calidad de legitimo, ad obtinendã maioratus possesionem, basta la prouança de la possesion, o quasi, del matrimonio y legitimidad, por el modo referido, sin q̃ se pidan mas exactas prouanças, como si principaliter de ipsius matrimonij validitate tractaretur.

Ayudan mucho mas los dichos delos padres, q̃ aunque lo son, y tan cercanos parientes, hazẽ plena prouança quoad matrimonium inter personas æquales, como lo eran don Iuan, y doña Ysabel; y está prouado en la 1. 2. y 3. pregunta del interrogatorio 1. que en tal caso los padres y demas parientes son testigos ydoneos, ex Grammat. cons. 26. n. 40. Alciato, resp. 5. num. 25. Socin. cons. 17. num. 1. vers. Vel secundum, volum. 1. c. super eo el 2. de testib vbi parentes data æqualitate inter contrahentes legitimi sunt testes in causa matrimoniali, Decio, cons. 163. num. 26.

Con esto, y los dichos de Francisco Hernãdez, Pedro de Tapia Regidor, Iuan de Villalobos, Alonso Maldonado Regidor, Mateo Ruyz, Frãcisco Salido,

que

que deponen de cierta ciencia,y los demas de publico y notorio,como la dicha doña Ysabel, siendo delos 15.a 16.años.y solicitada y persuadida de don Iuan nunca quiso asentir a sus persuasiones, sino fue casandose con ella,como se casò de secreto,y en aquel tiempo sola la palabra de casamiento,de presente o defuturo,subsecuta copula,haziã verdadero matrimonio, sin mas requisitos ni solẽnidades,c.is qui fidem,c.tua nos,in fin.de sponsalibus,& in l.8.& 9.tit.1. partit. 4. y de qualesquiera palabras y actos de que se pudiesse colegir el consentimiento,se inducia matrimonio,iuxt.text.in c. si inter,eodem tit.Menoch.de presumpt.lib.3.presumpt.1.num.6.Ioannes Gutier.de iuramento cõfir.lib.1.cap.51.num.12.Thomas Sanchez,de matrim.lib.1.disputat.49.num.1.y la presuncion que nace ex copula subsequuta est iuris & iure, contra quam non admittitur probatio in contrarium, etiam per confessionem partis,Cobarr.de sponsal. 1.p.cap.4.§.1.à num.1.quod verum est,& procedit etiã si prædicta fides futuri matrimonij data esset clandestina;quia clandestinitas non vitiabat matrimonium ante Concilium,erat nãque sufficiens in eo solus consensus,Abbas,per text.in c.1.de clãdestina dispẽsatione,& plures quos refert Sãchez, de matrim.lib.2.disputat.6.num.2.vnde para que se tenga por prouada la legitimacion de don Iuan ad sucessionem maioratus son bastantissimas las prouanças que tiene hechas, pues son conformes a lo que pide el derecho en cosa antigua, y dificil de prouar.

Y no solo se contenta con las dichas prouanças, pero tiene manifestado su intento y legitimacion con otros medios y modos,y por otras cõjecturas, que todas juntas hazen prouança concluyentissima,por la correspõdencia que se toma de las vnas y otras.ex Decian.cons.591.n.7.Zefalo, cons.137. nu.45.volum.1.Iason,cõs.114.nu.22.Alex. cõs.90. num.2.

num.2.vol.2.Bursato,consi.93.à num.2.lib.1.Mandelo Albense,consi.83.num.19.vol.1. ratio est porque la ley se contẽta cum probationibus, quæ possunt inueniri secũdũm rei qualitatem & naturam, l.non omnes,§.à Barbaris,ff.de re militari, l. quoniam,in fin.C. de hæreticis,Surd.consi.268.nu.80. vol.2.

L. presumptio matrimonij.

Prima præsumptio matrimonij est la que resulta de la ygualdad que tenian en calidad el dicho don Iuã,y doña Ysabel,nam quemadmodum disparitas excludit præsumptionem matrimonij, sic paritas in qualitatibus inducit eam,ex Menochio, consi.199.num.4.volum.2.Alciat.resp.5. num.25. & resp.13.num.fin.y en esta materia se ha de ponderar mucho, y considerarse ad pręsumptionẽ matrimonij huius modi æqualitas iuuentus,& pulcritudo personarum,ex Bald.consi.133.vol.2.Tiraqu. in legibus conubial.lib.5.á num.31.per text. singularem,in l.viduæ,ibi: vt si pares sunt genere, l. si donationem,vers.Inter pares,C.de nuptijs,l,donationis,ibi:personis comparatis,C.de donat.

est amor.

Secunda præsumptio est el amor y aficion tan grande que le tuuo el dicho don Iuan, & propter ferborem amoris præsumitur matrimonium, ex Decio,consi.163.num.26.y desta aficion deponen muchos testigos,y añaden,que vna señora de tan gran calidad no consentiria,nisi præmissa fide matrimonij,quod maximé iuuat a la legitimidad del Dotor,quę sabenda est etiam ex opinione singulari,iuxta doctrinam Colectarij, in c. ex tenore, qui filij sint legitimi,Felino,in cap.fin. colu.2. de re iudic.& in cap.tua,de sponsal. Barbacia, consi.3.col. penult.& consi.60.vol.1.

est possessio

Tertia præsumptio est la possesion en que estuuieron de marido y muger los dichos don Iuan y doña Ysabel,y en la que ha estado,y està el Dotor de hijo legitimo,teniẽdolo sus padres por tal criãdolo,alimentandolo con mucha ostentacion, y

dandole estudios honorificamẽte, como està prouado con 14. testigos en la 5. y 6. pregunta del primero interrogatorio, y como la filiacion se prueua por estos actos, ex Ancarr. cons. 225. Paris. cons. 10. à num. 61. & cons. 13. vol. 2. Peregrin. de fideicom. artic. 43. n. 88. sic etiam & eodem modo se prueua y presume la legitimidad, ex gloss. celebri, in cap. Michael. 13. vers. Constiterit, de filijs præsbit. præcipué estando, como estâ prouada la legitimacion del Dotor con tantos actos positiuos, como es auerse ordenado de ordenes menores con informacion de hijo legitimo, auer sido Colegial del Colegio mayor de Seuilla, donde se pide la dicha calidad de legitimo, sin que se aya visto dispensar, como està prouado en la pregunta 4. del segundo interrogatorio, y no se niega por la parte contraria: y con ser oy Colegial del Colegio mayor de Quẽca, donde aueriguó la misma calidad: y auer prouado ser hijo legitimo de sus padres quando se le dio la possessiõ de las casas sobre que es este pleyto: y principalmente se vale dela informacion que hizo de lo mismo, pleyteando con la parte contraria en el Cõsejo Real, que está presentada fol. 251. donde articuló ser hijo legitimo de sus padres, y lo prouó, y executorió, sin que don Francisco de Molina se lo contradixesse: y asi viene a tener oy cosa juzgada en quanto a ser legitimo, que por ser question de estado ha de obstar en este pleyto, vt resoluunt communiter omnes in l. sepe, ff. de re iudic. con que viene a no tener duda auer sido sus padres marido y muger legitimamente, y en consequencia hijo legitimo el dicho Dotor.

Contra lo dicho no obsta, que doña Maria de Medrano, abuela del Dotor, en la donacion que le hizo le llamó hijo natural, y el señor Molina de Medrano en la fundacion que hizo tambien le llama y tiene por hijo natural, como cõsta de ambos instrumentos, fol. 41. & 66. y lo que mas se puede

pon-

ponderar,es,que don Iuan de Molina ſu padre tã-bien lo nombra por ſu hijo natural en el teſtamento que eſtà preſentado, y en el poder que otorgó en Valladolid, para deſpoſarſe con la dicha doña Yſabel in facie Eccleſiæ, arguyendo de aqui, que ſi huuiera precedido el matrimonio clandeſtino no fuera neceſſario el dicho poder, ni ſu padre le llamara hijo natural.

A eſta duda y eſcrituras ſe ſatisfaze con facilidad; porque en la 2. y 3. pregunta del ſegundo interrogatorio tiene prouado el Dotor con muchos teſtigos, que ſu padre ſiempre procuró ocultar el matrimonio clandeſtino a ſus padres y hermanos, por no darles diſguſto, y otros fines particulares de hazienda; y porque del ſeñor Molina de Medrano pendian el buen ſucceſſo de pretenſiones de Corregimientos que tenia, y el dicho ſeñor Molina de Medrano no ſabia del matrimonio Clandeſtino, o no ſe querria dar por entendido del, por ſer intereſſado en eſtas caſas; y aunque el dicho don Iuan ſu hermano le propuſo muchas vezes varios caſamientos de mucha calidad y cãtidad; porque el dicho don Iuan no los admitia tuuo muchas pesadumbre con el, como lo dizen muchos teſtigos en la 3. pregunta del dicho interrogatorio, y dizen, que a las perſonas graues que le proponian al dicho don Iuan los caſamientos que ſu hermano le trataua, les reſpondia, que como ſe auia de caſar ſi eſtaua caſado de ſecreto; por lo qual el dicho ſeñor Molina de Medrano pudo llegarlo a ſaber, pero nunca ſe dio por entendido, y aſsi al Dotor en la fundacion le tuuo por hijo natural, y ſu abuela en la donacion.

Y en quanto a que ſu padre en el teſtamento y poder le llamaſſe hijo natural no pudo prejudicar a la verdad, ſiendo, como era legitimo, porque en el miſmo poder haze relacion, como auia auido a la dicha doña Yſaber debaxo de palabra, y como

hom-

hombre de capa y espada pudo ignorar, como ignoró, que auiendo nacido el Dotor despues del Sancto Concilio de Trento, era necessario hazer ~~pleyto~~ publico el matrimonio clandestino precedente, para que su hijo quedasse legitimo, por no saber que el concilio dexaua ratos, y vàlidos los clandestinos precedentes, y por no auer tenedo hombre de letras a su cabeçera que le dixera esto, y que no era necessario hazer pleyto con las solemnidades del Cōcilio su matrimonio, para que su hijo quedasse legitimo: y esto se conuence mas por el dicho de Pedro Diaz, criado del dicho don Iuan, que se halló en su muerte, y presēte a todo, que està a fojas 111. diziendo, que despues de auer despachado el poder por la posta, entró vt Frayle a confessar a don Iuan, estando muy apretado, y que le oyó dezir al dicho Frayle: escusado pudiera estar porcierto este viaje. y el dinero que en el se ha de gastar; porque para con Dios, y con las gentes ya està casado con esta señora muchos años ha, y assi se pudiera escusar el viage: vnde hoc errore ductus le pudo llamar su padre en el testamento y poder, hijo natural.

Secundó, porque el hijo legitimo dicitur naturalis, hoc est, ipsa natura genitus, vt in terminis cōsiderat Socin. iun. cons. 8. à num. 16. vbi vn padre en su testamento llamò a vn hijo suyo natural, y defiende Socino, que no por esso fue visto llamarle ylegitimo, pro quo facit text. in §. 1. instit. de adoption. donde al hijo legitimo le llama Iustiniano solamente natural, ibi: *Non solum autem naturales liberi, & in §. fin. quibus modis ius patri potes sol.* ibi: *neque naturales liberi,* que juntos estos derechos con el §. fin. instit. de nuptijs, donde el hijo que no es nacido de matrimonio, non est in potestate patris, y no se llama natural, vnde en este sentido le pudo llamar su padre, natural, y de ninguna manera que se cōsidere le puede parar perjuyzio al Dotor estas declaraciones de su padre, por ser yrroneas, y contra

la

la verdad,iuxta text.in l.cum falsa,& l.error, C.de iur,& fac.ignorant. y esto es mas precisso in causa status& filiationis, l. nec si volens, C. de liberal. caus.l.cum scimus,C.de Agricol.& consitis, maximé quãdo agitus de maioratus,vel fideicommiss. sucesione,como en nuestro caso,en que el Dotor tiene por su persona llamamiento derecho, quo casi el hecho del antecessor no le puede dañar,l.si serius plurium,§.fin.delegatis 1.l.ex contractu, ff. de re iudic.l.si per lusorio,ff. de apellat. Molina, de primogenijs,lib.4.c.8.per totum.

Tum etiam,porque de la manera que don Iuan de Medrano su padre no pudiera abdicando de si el derecho de sucesion,prejudicar al siguiente en grado,ita & eodem modo no le pudo prejudicar por ninguna declaració expaessa ni tacita que huiesse hecho,l.qui testamento,ff.de probat. Bart. in l.cum quis decedens,§. codicilijs, ff. delegat. 3. gloss.in l. si donatione, C. de colationibus, quam dicit communem,Decius,cons.132.num.2. & non est curandum de confesione illius,qui non potuit libere renuntiare, Ancarr.in c.1.de rebus Eccle.nõ alienan.vers.3.Nota, Pinelo, cum conjestis ab eo, in l.1.p.3.num.23.C.de bonis maternis, ex quibus satisfactum est prædictæ dificultati,y resuelto como el Dotor es hijo legitimo de sus padres,y ellos casados in facie Ecclesiæ, quibus sobitur primus articulus.

Articulo segundo.

DEl hecho que el memorial refiere, resulta, q̃ dõ Antonio de Molina.y doña Maria de Medrano,abuelos paternos del Dotor, por el año de 578.otorgaron testamento de conformidad ante Hernan Perez Manso, escriuano del numero dela

ciudad de Velez, que se abrió por el año d 82. por muerte del dicho don Antonio, sobreuiuiendo la dicha doña Maria en el, instituyeron por su herederos vniuersales a sus hijos, y grauaron con fideicommisso perpetuo a don Iuá de Medrano y Molina su hijo mayor, padre del Dotor, en vnas casas principales, oficio de Regidor, y Capilla de san Francisco, por via de mejora de tercio, y remanente de quinto, y pusieron varios llamamientos y cõdiciones, y en especial la de descendientes legitimos: la qual disposicion alteró despues la dicha doña Maria de Medrano año de 597. en otra escritura publica, mandando que la clausula de descendientes legitimos se entendiesse de los nacidos le legitimo matrimonio, y escluyó los de subsequente: y despues por otra escritura de donacion que està presentada, para que sus hijos pudiessen hazer commoda particion les donó los bienes que tenia en su poder, los quales estan en ella especificados, y reseruó para si el vsufruto de algunos dellos, y por vna clausula dexa en su fuerça y vigor lo dispuesto en el testamento de la mejora y fideicommisso de su hijo mayor, diziédo, que si era necessario lo disponia de nueuo por testamento, o en otra manera: y la donacion delos bienes expecificados de todos ellos quiere qun sea yrrebocable, y valga como contrato entre viuos, y con clausula de cõstituto y entrega: y en virtud desta donacion los hijos todos hizieron luego aquel año la particion de los dichos bienes, que està á fol. 57. del memorial. Luego por el año d 1604. por escritura particular y publica que otorgó ante Geronimo de Toledo, escriuano del numero de la ciudad de Velez reuocó su disposicion testamentaria, y llamó a la sucesion del vinculo a su nieto el dicho Dotor don Iuan Antonio de Molina por via de donació, y en lo que cupiesse en su quinto: y haziendo eleccion para ello de las casas que no auian sido donadas

das

das ni diuiſſas por ſu dote, arras, y gananciales, ſin embargo de la qualidad de legitimidad q̃ ſe pedia en la primera fundacion: y eſto diſpuſo en la via y forma que mas huuieſſe lugar, y debaxo deſta diſpoſicion en que nunca mas varió, fallecio la dicha doña Maria de Medrano, &c.

Deſte hecho duplex inboluitur dubium, caſo q̃ la prouança precedente circa legitimi qualitatem ſe tenga pormenos concluyente. Primum, an teſtamẽtum commune à viro & vxore, factum ab ipſa ſuperuiuente vxori potuerit reuocari, tum etiam & aliud in eo verſabitur, an donatio in fauorem filiorum ab ipſa vxore poſtea facta, diſpoſitionem prioris teſtamenti efecerit irreuocabilem, itant poſtea ſuperuiuens & vltima donatio in fauorem de don Iuan Antonio facta nullius fuererit valoris & effectus, a que ſatisfaziendo por ſu parte quedarà prorſus indubitable y clara ſu juſticia.

Circa prioris dubij reſolutionẽ, an teſtamẽtum commune poſsit à ſuperuiuenti reuocari, los eſcritores hazen diſtincion de tres caſos y eſpecies diferentes. El primero, quando marido y muger, o otras dos perſonas, hazen teſtamento juntos en vna carta, diſponiendo coſas ſeparadas y diuiduas, de ſuerte, que la diſpoſicion del vno no tiene coſa reſpectiua ni correſpondiente a la del otro; y en eſte caſo, muerto el vn otorgãte, puede el ſuperſtite reuocar ſu diſpoſicion y teſtamento ad libitum, y eſte es ſin duda, y que no ſe ajuſta con el nueſtro. El ſegundo, quando en vn teſtamento dos hizieron vn mayorazgo de bienes particulares comunes, por via de prelegado, y no de inſtitució vniuerſal, y con facultad Real: pero no de todos los bienes, ni en forma de herencia: y en eſte caſo tuuo Beloneto en vn conſejo 62. ſobre vn mayorazgo hecho en Seuilla, q̃ el ſuperſtite no podia reuocar el mayorazgo, ſi bien le reprueuan muchos, diziẽdo (hablo en el mayorazgo hecho por via do herencia

e inſti-

e institucion;aũque del consejo se colige hablo so-
lo en el propuesto) que tampoco se adopta a nues
ta especie. El tercero es el que indiuidualmente la comptehende, y es quando los dos otorgantes hazen en vn testamento vna misma disposicion respectiua y correspondiente, y de su naturaleza aliás indiuidua, veluti vn mayorazgo o fideicommisso perpetuo, por via vniuersal de institucion de herencia, o del tercio, o remanente dellos, como fue en nuestro caso, que instituydos todos los hijos por vniuersales herederos, don Iuan de Medrano el hijo mayor fue mejorado en las casas, y otros bienes, por via de grauamen y fideicommisso perpetuo, como parece del testamento citado, y en el la comun resolucion es, que el superstite puede reuocar por su parte el testamento, aunque aya prometido y jurado de no hazerlo, o se la aya dado el vsufruto, o otra cosa por ello, que nada concurre en lo presente; y la razon es, que volũtas deambulatoria est vsque ad mortem, l.4. l.trãslatio, ad fin. cum similib. ff. de adimendis legatis, & sic quod nemo potest liberam testamenti factionem sibi tollere quouis modo, ita firmat post Oldrald. Suarez, in l. quoniam, in prioribus, 5. limitatione, n.12. vbi Baldecius, cæteros id tenentes reffert, C. de inofficioso testam. y que por ningun camino, via, ni causa pueda hazerse irreuocable la tal disposicion, patet ex text. in l. si quis, vbi Bart. communiter receptus, ff. de legat. 3. cõsonat, l.25. tit.2. part.6. quam assertionem extendit Burgos de Paz, in l. 3. Tauri, 6. concl. 2. partis, num.1219. vt procedat etiam, si testatores cabeant, vt vsufructu bonorum morientis superuiués fruatur, adhuc enim is poterit in sua bonorum parte testamentum ad libitum abrrogare tractant materiam istam ex proffesso, & in fauorem resoluunt Roman. in l. stipulatio hoc modo concepta, 2. col. in princip. vbi Alex. n. vers. Et prædicta procedunt, Zasius, num.17. vers. 2. fallit, ff. de

verb.

verb.oblig.idẽ Roman. conſ.171 ſub n.14. verſ.itẽ nec refragatur, Decius, Rub. Roge. & Crotus, quos refert Tellus, in l.17. Taur. num.9. cum ſeqq. & nu. 106. & vltra eos dilectus de arte teſtandi, tit.6. cautela 3. per totam, Cobarr. de tractat. Demas de ſer reuocable eſta diſpoſicion por ſer hecha en teſtamento, lo era tambien por ſer fideicommiſſaria, y aſsi de perpetuydad y mayorazgo, la qual ex natura ſua es tambien reuocable, quia ſequitur vltimæ voluntatis naturam, adeó, vt etiam ſi per contractũ inter viuos relinquatur, ſiue inſtituatur, adhuc reuocabilis eſt inſtitutio, expreſſus text, in fideicõmiſſ. perpetuis, l. ſi filia, §. ſi pater, ff. familiæ erciſcundæ, ibi: *Non videri donationem, ſed potius ſupremi iudicij diuiſsionem*: notant ſcribentes, in l. parentibus, C. de in officioſo teſtam. bonus text. in l. quoties, vbi gloſſ. C. famil. erciſ. ad ſtipula. l.44. Taur. quę hodie eſt, l.4. tit.7. lib.5. nouæ compi. vbi diſponitur eum qui promogeniũ, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu inſtituerit poſſe illud reuocare vſque ad vltimum vitæ ſpiritum, quod etiã in tertij prælegato, ſeu melioratione dicẽdum eſt, ex l.17. Tauri, quæ eſt hodie l.1. tit.6. lib.5. nouæ compil. ita Caſtillus, in d.l.44. de Toro, gloſſ.1. Palac. Rub. ibidẽ, num.2. Mencha. de ſucceſsionum creatione, lib.1. §.1. nu.32. Greg. Lopez, in l.43, tit.5. part.5. in gloſſ. verſ. Non vale, idque aperté inſinuare videtur, la l. 10. tit. 12. lib. 3. fori. ll. ibi: *Porque tal donacion es ſemejable a las otras que ſe hazen en manda por razon de muerte, &c.* his accedit, que tambien fue eſta diſpoſiciõ de diuiſsion de herencia, dando por ella, como dieron, a ſus hijos ſus bienes, y al mayor la meyora y prelegado, la qual en qualquier eſcritura, in qua parentes bona inter filios diuidan habet vim vltimę voluntatis, vt probat elegans text. in l. fin. l. famil. ercis, ibi: ſiue quocumque modo ſcripturæ plura congerit, Tiraquel. de primog. q.8. n.2. cum ſeq. & ex abeo adductis plané conſtat maioratum, ſeu

 fidei-

fideicommissum per viam diuisionis bonorum à parente, inter filios etiam ex contractu institutum vim vltimæ voluntatis habere, etiam in terminis iuris communis defẽdit Molina, & ex aduerso oppositis prudenter & docté satisfacit de his pani. pri mog. lib. 1. cap. 12. num. 4. vsque ad 7. quod & ex natura etiã ipsius prælegati gratuiti procedit; porque quando los padres instituyendo a todos los hijos por sus herederos, y diuidiẽdo entre ellos sus bienes mejoran al vno en el tercio, y remanente de quinto: esta es vna gratuyta donacion, la qual vsque ad mortem potest reuocari, cum donatio mortis causa dicatur, & nõ nisi morte cõfirmetur, l. donationes quas parentes, C. de donationibus, etiam si in eis traditio sequatur, & hoc in his, quæ in fauore filiorum existẽtium in patria potestate fuerunt factæ, vt optimé considerat Tellus Hernan. in l. 17. Taur. n. 10. cum seqq. ex quibus omnibus plené resultat, que la disposicion testamentaria del dicho Antonio de Molina, y doña Maria de Medrano abuelos del Dotor don Iuan Antonio, fue reuocable, y assi la pudo reuocar doña Maria de Medrano, que fue quien superuiuió.

Ex dictis resultat, & 2. dubij resolutio, y dezimos, que assi por ser, como fue esta disposicion fideicõmissaria, facta in testamento, como por auer sido de prelegado y donacion, que se juzga gratuita, si bien semejable a las otras que se hazen por razon de muerte, que dixo la ley del estilo proximé citada. por ningun camino, via, ni causa pudo hazerse irreuocable la tal disposiciõ, ex d. l. si quis, vbi Bart. communiter receptus iam allegatus, ff. de legat. 3. l. 25. tit. 1. part. 6. & ex his omnibus, que vcusque retulimus, sino que siempre se pudo reuocar hasta el vltimo espiritu, y mas no auiendo tenido el testamento clausula de no reuocarse. A esto no contradize la donacion del año de 97. porque en ella solo dio inteligencia a vna condicion del fideicommisso

missso,queriendo no se comprehendiessen apellatione legitimorum los nacidos ex subsequenti,dexando en todo en su fuerça y naturaleza la disposicion testamentaria, que siempre fue reuocable, ex allegata l.17. Tauri.

Menos la hizo irreuocable,ni la alteró en nada la segunda donacion que este año hizo en fauor de todos sus hijos;porque lo primero se verà por ella, que solo les donó tales, y tales bienes especificos que tenia,y paraban en su poder,en los quales no se hallará hiziesse memoria de los donados a su hijo mayor por via de mejora y prelegado;y asi aũ q̃ esta donació q̃ quiso fuesse de entre viuos,y q̃ q̃dasse perfecta e irreuocable en fauor delos dichos sus hijos lo pueda ser;asi es fuerça que se entienda en los bienes particulares y especificados;porque solo habla en ellos,y no ay palabra que tenga vniuersalidad,ni por donde se juzgue donacion vniuersal.De donde se reconoce, que la primera donació no quedó reuocada,ni menos hecha irreuocable,porque no està comprehendida en la donacion que quiere sea irreuocable.

Esto parece mas corriente y sin duda,porque esta donacion haze memoria de la disposicion testamentaria,y quiere en vna clausula,que la tal quede en su fuerça y vigor,y que si es necessario lo dispone y ordena de nueuo,de suerte, que aunque aprueua lo que aliàs dispuso,no empero le da naturaleza de irreuocable, comprehendiendolo en la donacion de bienes particulares,a que solamente le dio la dicha irreuocabilidad,y asi quedó siempre en su primera naturaleza deambulatoria, vsq; ad supremę vitę exitum,cum verba debeant intelligi secundúm subiectam materiam, l. si vno cum similibus,ff.locati,quod in fortioribus terminis cēsuit Faber,in §.legatum instit. delegat. vbi inquit, quod si in testamento quis dixerit,dono tibi rem meam,non erit ista donatio interviuos,sed legatũ,

&quam-

& quamuis in terminis donationis contrariam sen tentiam teneat, Angel.n.2. cuius sententiam cum quadam distinctione sequitur Mēchaca, de succe. creatio.lib.3.§.22.num.3.in terminis tamen maioratus opinio fabri vera est, cuius natura magis ad vltimam voluntatem, quam ad contractum semper dirigitur, ita Molina, de primoge.lib.1.cap.112. num.3.y podemos dezir, que aunque la donacion de bienes dicha parece quedó irreuocable, adhuc por su naturaleza no lo fue; porque supuesto que nemo potest facere quin leges in suo testamento locum habeāt, l.nemo, ff.de legat.1.hinc est, quod cum iuris dispositio sit , quod in quacumque scriptura pater bona inter filios diuidat illa scriptura vim vltimæ voluntatis videatur habere, ex d. l. fin. C. familię ercis. Molina, lib.1.đ hisp.primog. c.12.num.1.no pudo etiam de voluntate fundatricis quedar irreuocable la dicha donació, y mucho menos aquello en que dispuso de nueuo, sino solo conseruando la disposicion testamentaria para dexarla en su fuerça y vigor, y no para alterarla en su naturaleza de reuocable.

Ex quibus omnibus legitimé subinfertur, que supuesto q̃ lo ordenado por dos, marido y muger, el que superuiue lo puede reuocar en su parte, y q̃ la disposicion testamentaria que hizo doña Maria de Medrano con su marido quedó reuocable, sin embargo de las referidas escrituras, bien se sigue, q̃ la vltima escritura que otorgó el año de 1604. en fauor del Dotor don Iuan Antonio, fue valida, y de cumplido efeto, por la qual reuocó por su parte lo alli dispuesto, q̃ podia obstar al dicho su nieto, queriendo que sucediesse en las casas sobre que es este pleyto, haziendole donació dellas, y para esso eleccion en ellas por su dote, arras, y gananciales, y quinto, queriendo que esto valiesse en la mayor via q̃ de derecho pudiesse; y asi conforme a la l.hoc iure, y al proloquio vulgar que della

sacó

ſacó Bart.ff.de vulgari,quod non valet,vt ago, valet tamẽ eo modo,quo valere poteſt,lo que pudo donarle fue el quinto,cõforme la ley de Toro,y en el cabẽ las dichas caſas,como ſe conoce y prueua por la eſcritura de dote,y por la particiõ q̃ los hermanos hizierõ;y aſsi en eſte quinto es valida la donacion,y por ella deue ſer amparado el Dotor en la poſſeſsion q̃ tiene de las dichas caſas,quando le faltara la calidad de legitimo.

Quando todo lo dicho faltara,don Iuan de Molina otorgó poder en Valladolid a Chriſtoual Perez,para que en la ciudad de Velez ſe deſpoſaſſe por palabras de preſente cõ la dicha doña Yſabel de Biedma:y eſte poder ſe otorgó en 7.del mes de Setiembre de 1603.y en ſu virtud ſe hizo el deſpoſorio en 16.del dicho mes y año,y eſtãdo,como eſtan,las partes cõformes en que el Dotor es hijo de los ſuſodichos,y no niegan la qualidad de natural, viene a quedar legitimado ſin genero de duda,per text.in c.tanta qui filij ſint legitimi,vbi omnes.

Y no impide contra eſto vn teſtimonio q̃ ha preſentado don Franciſco de Molina, dado por Iuan Vazquez Romã en 12.de Setiẽbre de 605. en que da fé,que a las 7.de la mañana vio muerto a don Iuan de Molina,y que dio eſte teſtimonio a pedimiento del ſeñor Molina de Medrano.

Eſte teſtimonio pretende el Dotor,q̃ es falſo,por q̃ don Iuan ſu padre viuio muchos dias deſpues de la fecha del dicho teſtimonio,y q̃ no lo pudo dar a pedimiẽto del ſeñor Molina de Medrano,porque en aquella ſazon eſtaua en Portugal,y que al tiempo q ſe celebrò el matrimonio de preſente en virtud del poder viuia el dicho don Iuan,y haze por toda eſta pretenſion el dicho del Licenciado Andres de Soto,Comiſſario de la Inquiſicion de Cordoua en Fuenteouejuna,y Capellan q̃ era del dicho ſeñor Molina de Medrano,teſtigo preſentado por el Dotor,que dize eſtaua en aquella ſazon en

Portugar el señor Molina de Medrano, y q̃ el estaua solicitando su venida: y dize tambien, que sabe llegó el poder a tiempo. Y aunque el Dotor se ofreció a prouar se reseruó laprueua para difinitiua por autos de vista y reuista, y oy pretende que se deue recibir a prueua, por ser, como son estas alegaciones nueuas, y en negocio de tanta importancia, pues topa en la legitimacion de su persona, que no es razon se omita, pues es persona de tanta calidad, y que ha ocupado y ocupa tan grandes puestos, y que aspira a pretensiones tan superiores, y no es justo que se le pueda oponer, que no es hijo legitimo de sus padres, pues en hecho deverdad lo es, y que ellos contraxeron matrimonio legitimo, en la forma que se permitia antes del Concilio de Trento, y que lo huuieron durante el dicho Matrimonio: y assi lo esperamos en todo, salua in omnibus V.D.C.

El Licenciado Marcos de Checa.